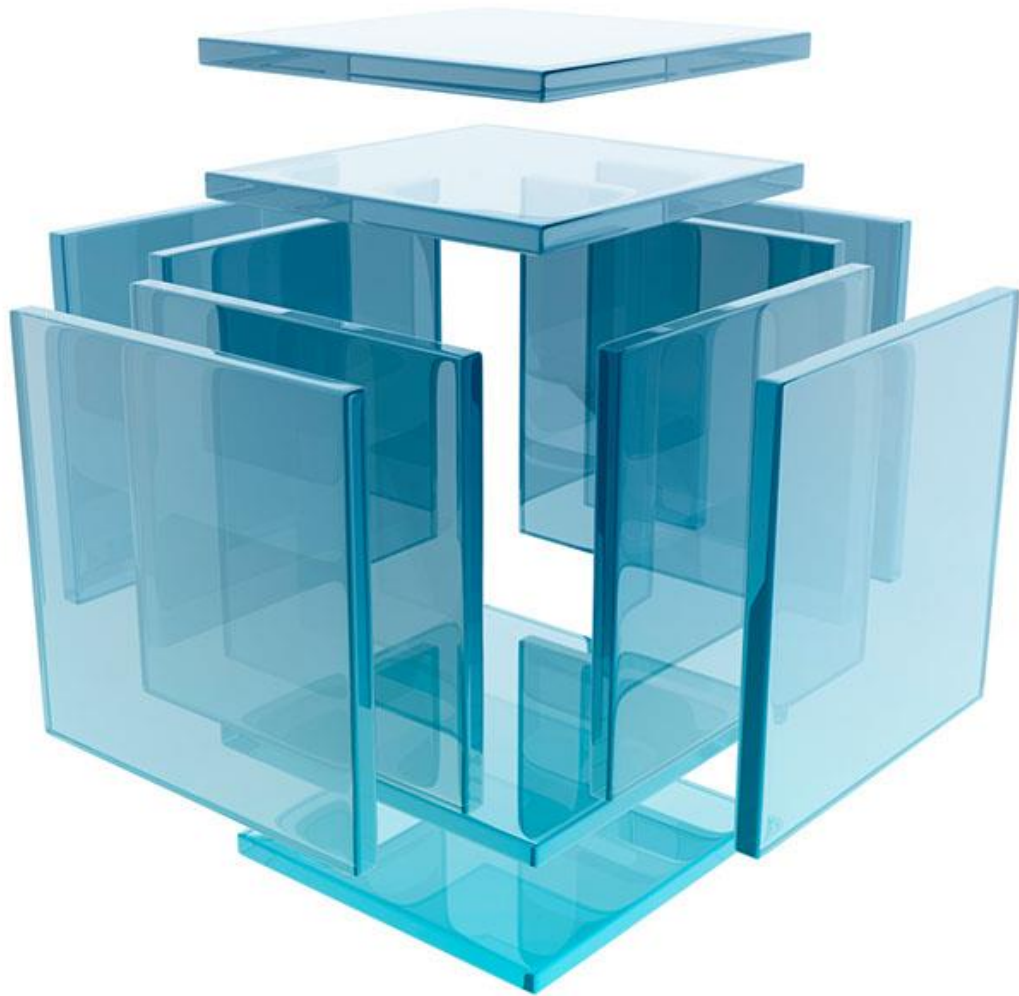


ALLEN & OVERY



Voorstel toepasbaarheid Code op one tier boards

Reactie op consultatie

September 2016

1. Inleiding

Namens Allen & Overy maken wij graag gebruik van de door de Monitoring Commissie Corporate Governance Code geboden mogelijkheid om te reageren op haar op 3 augustus jl. gepubliceerde voorstel ‘Toepasbaarheid Code op one tier boards’.

Het initiatief om in de Code meer aandacht te besteden aan vennootschappen met een one tier bestuursmodel dan in de huidige versie van de

Code, verdient bijval. Of dit bij voorkeur geschiedt op de door het voorstel gekozen wijze dan wel door het opstellen een integraal op one tier boards toegespitste Code, laten wij in het midden. Uit het voorstel maken wij op dat de Commissie in dit opzicht een weloverwogen keuze heeft gemaakt, mede naar aanleiding van de bestaande praktijk van one tier boards.

2. Summiere regeling aangevuld met toelichting & guidance

De voorgestelde regeling sluit aan bij de one tier-regeling in de huidige Code. Het principe is inhoudelijk onveranderd en de best practice bepalingen zijn uitgebreid met een aantal nieuwe punten. Het voorstel bestaat, naast de Code-bepalingen, uit een ‘toelichting’ en een ‘guidance’. De status van deze beide onderdelen is niet geheel duidelijk. Het dit voorjaar neergelegde consultatievoorstel voor een herziene Corporate Governance Code bevat geen guidance, maar wel een toelichting op de wijzigingen.

Onder het kopje ‘Invulling nadere toelichting’ (p. 4) van het onderhavige voorstel wordt vooral ingegaan op de guidance. Te lezen valt dat in de guidance “nadere richting [wordt] gegeven hoe de normen in de Code kunnen worden toegepast en worden bijkomende governancevraagstukken geadresseerd”. De Code-bepalingen worden samen met de guidance ter consultatie voorgelegd (p. 5); de toelichting in het voorstel dus kennelijk niet, zo begrijpen wij. Deze toelichting lijkt veeleer het karakter te hebben van het vermelden wat nieuw is, zonder inhoudelijke bespiegeling. In de

toelichting staat onder meer dat de voorgestelde Code-bepalingen “nader [worden] toegelicht aan de hand van hieronder opgenomen guidance”.

De Commissie werkt al langer, in haar monitoringrapporten, met guidance en heeft deze in augustus 2015 gebundeld in één document.¹ Daarin (p. 1) duidt de Commissie guidance ook wel aan als ‘uitleg’, ‘richtsnoer’ en ‘aanbevelingen’, alsmede dat het geen deel uitmaakt van de codevoorschriften “zodat de beursgenoteerde vennootschappen formeel niet behoeven te reageren in het jaarverslag.” Onduidelijk is of deze opmerkingen rondom guidance ook van toepassing zijn op de guidance die in het onderhavige voorstel is vermeld. Het verdient wat ons betreft aanbeveling dat de Commissie de status van de onderdelen toelichting en guidance verduidelijkt.

¹ Monitoring Commissie Corporate Governance Code, Overzicht van eerder gegeven guidance, augustus 2015, kenbaar via www.commissiecorporategovernance.nl.

3. Inhoudelijke opmerkingen

Collectieve verantwoordelijkheid

In de voorgestelde best practice bepaling 2.8.2 wordt gesproken over de voorzitter van het bestuur die ‘primaair verantwoordelijk [is] voor leiderschap binnen en effectiviteit van het bestuur en de commissies’. Nog afgezien van de vraag wat precies moet worden verstaan onder leiderschap en effectiviteit zoals hier bedoeld, is niet duidelijk hoe de veronderstelde primaire verantwoordelijkheid daarvoor zich verhoudt tot het beginsel van collectieve verantwoordelijkheid waar de Commissie (p. 7) op wijst.

In onderdeel 1.2 stipt de Commissie de taakverdeling aan tussen uitvoerende bestuurders. Aansluitend merkt zij in onderdeel 1.3 van de guidance op: ‘Voor de overige taken kan het uitgangspunt van collectieve verantwoordelijkheid in stand blijven’. Deze opmerking kunnen wij niet goed plaatsen. Het uitgangspunt van collectieve verantwoordelijkheid geldt steeds, ook wanneer er een taakverdeling is gemaakt. De taakverdeling draagt wel bij aan een individuele disculpatiemogelijkheid, binnen de grenzen van hetgeen is bepaald in artikel 2:9 lid 2 BW

Vergaderingen uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders

Hoewel wordt opgemerkt dat uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders deel uitmaken van hetzelfde orgaan en dat ze allen bestuurder zijn, spreekt uit het voorstel ook wel de gedachte dat de niet-uitvoerende bestuurders de facto commissarissen zijn, die in voorkomend geval ook buiten aanwezigheid van de uitvoerende bestuurders besluiten kunnen nemen. De vraag rijst of de Code niet zou moeten voorschrijven dat de uitvoerende bestuurders en de niet-uitvoerende bestuurders een bepaald minimumaantal vergaderingen per jaar tezamen moeten houden. Ook zou de Code kunnen bepalen dat in het

bestuursverslag moet worden vermeld hoeveel vergaderingen van de *full board* hebben plaatsgevonden en hoeveel afzonderlijke vergaderingen van de uitvoerende bestuurders respectievelijk de niet-uitvoerende bestuurders.

Profielschets

De Commissie merkt in onderdeel 5.1 van de guidance op dat het voor de hand ligt dat de profielschets slechts betrekking heeft op niet-uitvoerende bestuurders, nu deze in een two tier model alleen voor de raad van commissarissen wordt opgesteld. De Commissie wijst er nog op dat het een vennootschap vrij staat om ook een profielschets op te stellen voor de uitvoerende bestuurders. Dan zijn er twee profielschetsen.

Wij vragen ons af of niet juist bij een one tier bestuursmodel de profielschets zou moeten zien op het collectief, dus het gehele bestuur, zodat daaruit kenbaar is dat binnen de samenstelling van het bestuur goed toezicht is gewaarborgd.

Gedelegeerd niet-uitvoerend bestuurder?

In de voorgestelde best practice-bepaling 2.3.8 is voor two tier vennootschappen in de gedelegeerd commissaris voorzien. Acht de Commissie het mogelijk dat een dergelijke positie ook door een niet-uitvoerend bestuurder wordt bekleed; het onderhavige consultatievoorstel bepaalt hier niets over.

Vaststelling beloning uitvoerende bestuurders

Het voorgestelde Principe 3.2 in het ‘two tier Codevoorstel’ bepaalt dat de raad van commissarissen de beloning van de individuele bestuurders vaststelt. Dit past binnen de wettelijke regeling van art. 2:135 lid 4 BW, dat bepaalt dat dit een bevoegdheid is van de algemene vergadering die bij de statuten kan worden toegekend aan een ander orgaan van de vennootschap.

In het onderhavige one tier Code-voorstel schrijft de Commissie in onderdeel 1.1 bij het kopje ‘Beloningen’ dat de taken omtrent beloningen die hoofdstuk 3 van de Code toekent aan de raad van commissarissen in een one tier vennootschap toekomen aan de niet-uitvoerende bestuurders. Dat zou dan betekenen dat de niet-uitvoerende bestuurders de bezoldiging van de uitvoerende bestuurders vaststellen. Wij menen dat het nuttig zou zijn om te verduidelijken dat zij deze bevoegdheid dan uitoefenen op grond van delegatie van besluitvormingsbevoegdheid van het bestuur aan enkele bestuurders (te weten de niet-uitvoerende bestuurders).

Decharge van bestuurders

Ingevolge de voorgestelde best practice-bepaling 4.1.3 van het two tier Code-voorstel worden de agendapunten decharge van bestuurders en commissarissen afzonderlijk in stemming gebracht.

Acht de Commissie het wenselijk dat bij een one tier vennootschap ondanks dat sprake is van enkel bestuurders, decharge, gezien de naar aard zo verschillende taken tussen uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders ook afzonderlijk zou moeten worden geagendeerd?

Numerieke meerderheid niet-uitvoerende bestuurders

De voorgestelde best practice-bepaling 2.8.1 bepaalt (in navolging van het huidige III.8.4) dat het bestuur voor de meerderheid uit niet-uitvoerende bestuurders moet bestaan. Het verdient aanbeveling dat de Commissie in de toelichting of guidance opmerkt dat dit voorschrift ook zou moeten doorwerken in het aantal toegekende stemmen bij vennootschappen waar binnen het bestuur een regeling van meervoudig stemrecht (art. 2:129 lid 2 BW) wordt toegepast.

Contact

Voor meer informatie over de Corporate Governance Code kunt u contact opnemen met een van onderstaande contactpersonen of uw vaste contactpersoon bij Allen & Overy.



Charles Honée
Partner - Amsterdam

Contactgegevens
Tel +31 20 674 1227
Mob +31 622 489 624
charles.honee@allenoverly.com



Joyce Leemrijse
Partner - Amsterdam

Contactgegevens
Tel +31 20 674 1312
Mob +31 646 033 090
joyce.leemrijse@allenoverly.com

Allen & Overy LLP

Apollolaan 15, 1077 AB Amsterdam The Netherlands | Tel +31 (0)20 674 1000 | Fax +31 (0)20 674 1111 | www.allenoverly.com

In dit document staat Allen & Overy voor Allen & Overy LLP en/of de daaraan gelieerde ondernemingen. De term partner wordt gebruikt als verwijzing naar een lid van Allen & Overy LLP dan wel een medewerker of consultant met vergelijkbare kwalificaties in een van de aan Allen & Overy LLP gelieerde ondernemingen.

Allen & Overy of een daaraan gelieerde onderneming heeft kantoren in Abu Dhabi, Amsterdam, Antwerpen, Bangkok, Barcelona, Beijing, Belfast, Bratislava, Brussel, Boekarest (geassocieerd kantoor), Boedapest, Casablanca, Doha, Dubai, Düsseldorf, Frankfurt, Hamburg, Hanoi, Ho Chi Minhstad, Hong Kong, Istanbul, Jakarta (geassocieerd kantoor), Johannesburg, Londen, Luxemburg, Madrid, Milaan, Moskou, München, New York, Parijs, Perth, Praag, Rangoon, Riyadh (geassocieerd kantoor), Rome, São Paulo, Seoel, Shanghai, Singapore, Sydney, Tokio, Warschau, Washington D.C. | AMBS:2159414.1